

Sygn. akt: **KIO 2349/10**

KIO 2367/10

WYROK
z dnia 10 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Członkowie: **Agnieszka Bartczak – Żuraw**
Anna Chudzik

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2010r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **3 listopada 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., Eurovia CS, a.s., 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5,**
- B. Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin – Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1**

przy udziale **Konsorcjum: Energopol Szczecin S.A., ZUE S.A., 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2349/10 oraz KIO 2367/10 po stronie zamawiającego oraz **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** zgłaszającą swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2349/10 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., Eurovia CS, a.s., 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5,

B. Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., Eurovia CS, a.s., 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5,**
 - B** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 630 zł 00 gr (słownie: sześćset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 315 zł 00 gr (słownie: trzysta piętnaście złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A., Eurovia CS, a.s., 55-040 Kobierzyce, Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5** na rzecz **Gminy Miasto Szczecin – Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu na rozprawę przed KIO,
 - B** kwoty 315 zł 00 gr (słownie: trzysta piętnaście złotych zero groszy) przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a** na rzecz **Gminę Miasto Szczecin – Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, pl. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego – Etap I i II.

Pismem z dnia 19 października 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej konsorcjum Energopol Szczecin S.A.).

Wobec takiej czynności zamawiającego, pismem z dnia 28 października 2010 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz Eurovia CS, a.s., z siedzibą w Pradze (dalej konsorcjum Eurovia Polska S.A.), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia: oferty konsorcjum Energopol Szczecin i oferty Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną interpretację SIWZ prowadzącą do obejścia tych bezwzględnie obowiązujących przepisów wobec faktycznego dopuszczenia możliwości wprowadzania modyfikacji treści oferty wybranego wykonawcy w oparciu o przepis Rozdziału X pkt 6 SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień treści ofert od wykonawców, którzy nie złożyli wypełnionych załączników do Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej TER);
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ujawnioną dowolność oceny ofert w związku z tym, że skarżone oferty posiadają braki uniemożliwiające ich porównanie z ofertą odwołującego, a także na skutek wyżej przywołanych naruszeń.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż zgodnie z opracowanym przez zamawiającego przedmiarem robót w kilku pozycjach dla etapu I i etapu II należało podać łączną wartość jedną kwotą, której wyliczenie należało sporządzić poprzez wypełnienie odpowiednio załączników nr 1, 2,

3, 4. Odwołujący wskazywał, iż przywołane przedmiary robót określone w załącznikach do TER są ich integralną częścią i należało je bezwzględnie wypełnić załączając do oferty, czego żaden z wykonawców za wyjątkiem odwołującego nie uczynił. W ocenie odwołującego stanowi to o niezgodności treści oferty tych wykonawców z treścią SIWZ. Odwołujący podnosił, iż powodem niewypełnienia przez innych wykonawców załączników od 1 do 4 do TER jest fakt, że zamawiający nie udostępnił tych załączników w formie edytowalnej. Odnosząc się do zapisów pkt 6 rodz. X SIWZ odwołujący podnosił, iż zapis ten nie może usprawiedliwiać braku wyceny szeregu cen jednostkowych, które są konieczne do rozliczenia robót realizowanych przez wykonawcę. W opinii odwołującego zapis ten takiej swobody zamawiającemu nie daje a taka interpretacja zapisów SIWZ stoi w sprzeczności z ich literalną wykładnią, zasadami przyjętymi przez zamawiającego w SIWZ jak i regulacjami prawnymi określonymi ustawą Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazywał, iż SIWZ w żadnym punkcie nie stanowiła, że TER może funkcjonować samodzielnie bez załączników. Podnosił, iż o tym, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli do przedstawienia wszystkich cen jednostkowych tj. tych wskazanych wprost w TER jak i w załącznikach do TER świadczą odpowiedzi zamawiającego udzielone na pytania wykonawców. Odwołujący powołał się na pismo zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2010 r. w którym to na pytanie wykonawcy co do sposobu wypełnienia poz. 23 TER zamawiający odpowiedział, iż „(...) *Pozycja 23 jest sumą pozycji od 1d.1 do 13d.1 Przedmiaru robót dla Etapu I – sieć trakcyjna (załącznik 4). Należy podać kwoty w poszczególnych pozycjach od 1d.1 do 13d.1 Przedmiaru robót dla Etapu I – Sieć trakcyjna, a w poz. 23 należy podać jedną łączną kwotę.*”.

Taka odpowiedź nie pozostawia w ocenie odwołującego żadnych wątpliwości interpretacyjnych oraz dowolności podmiotom sporządzającym oferty, a wykonawcy zobowiązani byli do podania kwot w poszczególnych pozycjach załącznika. Niepodanie poszczególnych kwot z pozycji wyszczególnionych w załączniku do TER stanowi o ewidentnej sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ co wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosząc się do postanowień pkt 6 rodz. X SIWZ odwołujący wskazywał, iż postanowienie to nie może być interpretowane w sposób jaki doprowadziłby do naruszenia w/w przepisu. Odwołujący podnosił, że prawo żądania przedstawienia kalkulacji poszczególnych pozycji przedmiarów robót nie może być utożsamiane z możliwością zaoferowania lub też zgłoszenia cen, które należało ujawnić w przetargu. Wprowadzenie nowych cen jednostkowych, które nie zostały ujawnione w ofercie stanowiłoby niewątpliwie obejście zakazu zmian oferty i ingerowałoby w sposób istotny w jej treść. W tym stanie rzeczy opisane braki skarżonych ofert nie mogą być konwalidowane przez wykonawców zarówno

na etapie postępowania jak i na etapie realizacji umowy poprzez sporządzenie i dostarczenie zamawiającemu szczegółowej kalkulacji pozycji przedmiaru robót jak uznał to zamawiający.

Sygn akt KIO 2367/10

Od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej odwołanie złożył również wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, .zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo braku wymaganej wyceny pozycji kosztorysowych,
- 2) art. 87 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wybranym wykonawcą i w konsekwencji poprawienia istotnych niezgodności z treścią SIWZ jako omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p.
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty w sposób niezgodny z obowiązującymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie dokonanego w postępowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Energopol Szczecin S.A.,
- 2) nakazania zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty konsorcjum Energopol Szczecin S.A.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż wskazane w pkt 2 lit a-c rozdz. X SIWZ dokumenty udostępnionej dokumentacji projektowej i przedmiary robót wyznaczyły oczekiwaną przez zamawiającego formę treści sporządzonej oferty. Wskazywał, iż udostępnione przez zamawiającego przedmiary robót nie miały charakteru pomocniczego, lecz stanowiły podstawę do sporządzenia TER. Podnosił, iż w ofercie wybranego wykonawcy, w odniesieniu do sporządzonego kosztorysu dotyczącego przebudowy strumienia Osówka Tom IV Przedmiar Robót (poz. 1+52), Wykonawca nie uwzględnił w pozycjach 1 - 3 9 dołączonego do oferty TER brakujących pozycji z przedmiaru, przez co nie dokonał prawidłowego obliczenia wartości ujętych tu elementów rozliczeniowych, a tym samym - sporządził ofertę niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Błędy te w ocenie odwołującego nie mają charakteru nieistotnego i nie mogą zostać samodzielnie poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy p.z.p. Podniósł ponadto, iż zamawiający uwzględniając złożone przez wybranego wykonawcę wyjaśnienia i dokonując poprawienia treści oferty konsorcjum

Energopol Szczecin S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. W ocenie odwołującego postępowanie wyjaśniające zamawiającego wykroczyło poza granice dopuszczalności ustawowej i doprowadziło do prowadzenia z tym wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji. Odwołujący stwierdził, iż wyjaśnienie wybranego wykonawcy, zgodnie z którym dokonując wyceny uwzględnił on pozycje 18 - 19 i 24 - 32 w dziale „Roboty ziemne”, natomiast pozycje 16 - 17 - w dziale „Roboty rozbiórkowe i kanał obiegowy”, a także późniejsze wyjaśnienia wybranego wykonawcy i dołączane dodatkowo kosztorysy szczegółowe, stanowią de facto zmianę treści złożonej oferty co do zakresu poszczególnych elementów rozliczeniowych, które winny odpowiadać jednoznacznie sformułowanym w przedmiarach pozycjom i których ujęcia w TER wyraźnie wymagał zamawiający.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego – Etap I i II.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 139-213722.

Wartość szacunkową zamówienia określono na kwotę 90. 461.000, 00 zł.

Zgodnie z pkt 1 rozdz. I SIWZ – Forma oferty – na ofertę składają się: oferta cenowa oraz wszystkie pozostałe wymagane dokumenty (w tym oświadczenia, załączniki itp.) zgodnie z rozdziałem V SIWZ. Ponadto zgodnie z rozdz. V pkt 6 – Inne dokumenty wymagane przez zamawiającego w ppkt 4 zamawiający wymienił „Tabelę Elementów Rozliczeniowych sporządzoną zgodnie z zapisami rozdziału X SIWZ.”.

Zamawiający nie określił wzoru tabeli ani sposobu jej sporządzania, zakresu, czy też sposobu wypełniania.

Zgodnie z rozdziałem X – Sposób obliczenia ceny oferty –

1. „Cena oferty musi zawierać wszystkie elementy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.
2. Cenę należy obliczyć sporządzając Tabelę Elementów Rozliczeniowych (TER) tj. wypełniając z:
 - a) Dokumentacji projektowej „Przebudowa ulic: Niemierzyńska, Arkońska do al. Wojska Polskiego w Szczecinie” TOM II Przedmiary Robót – Etap I (Część A poz. 1÷6 i Część B poz. 1÷247),

- b) Dokumentacji projektowej „Przebudowa ulic: Niemierzyńska, Arkońska do al. Wojska Polskiego w Szczecinie” TOM II Przedmiary Robót – Etap II (Część A poz. 1÷6 i Część B poz. 1÷229),
 - c) Dokumentacji projektowej na przebudowę strumienia „Osówka” Tom IV Przedmiar robót (1÷52).
3. Cena ofertowa jest sumą wartości poszczególnych elementów rozliczeniowych (pozycji Przedmiaru robót). Wartość elementu rozliczeniowego (pozycji Przedmiaru robót) należy obliczyć poprzez przemnożenie ilości jednostek podanych w Przedmiarze robót przez cenę jednostkową netto zawierającą wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego.
 4. Wykonawca ustali cenę jednostkową na element rozliczeniowy wyceniony w Przedmiarze robót, w oparciu o dokumentację projektową, technologię wykonania i warunki terenowe.
 5. Ceny jednostkowe będą cenami zawierającymi wszystkie koszty wykonania elementu rozliczeniowego wymienionego w Przedmiarze robót.
 6. Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie zamawiającego przedstawić szczegółowe kalkulację poszczególnych pozycji Przedmiaru robót w czasie trwania przetargu jak i po wyborze wykonawcy do czasu rozliczenia kontraktu.”.

Izba ustaliła ponadto, iż do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty. Ranking ofert przedstawiał się następująco:

- 1) Konsorcjum: Energopol – Szczecin S.A. oraz ZUE S.A. na kwotę 52.325.800,00 zł,
- 2) Mostostal Warszawa S.A. na kwotę 53.362.717,01 zł,
- 3) Konsorcjum: Eurovia Polska S.A. oraz Eurovia CS, a.s., na kwotę 56.053.535,03 zł,
- 4) Konsorcjum: IRMA ZPUH Marek Bogucki oraz Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul na kwotę 56.610.262,94 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż jedynie konsorcjum Eurovia Polska S.A. załączyła do tabeli elementów rozliczeniowych wypełnione przedmiary robót określone załącznikami od 1 do 4.

Pismem z dnia 23 września 2010 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. wezwał konsorcjum Energopol Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty gdyż w dołączonej do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w części dotyczącej przebudowy strumienia „Osówka” brak pozycji 16-19 oraz 24-32. W zakreślonym terminie konsorcjum Energopol Szczecin S.A. złożyło wyjaśnienia, w których wskazało, iż obliczając cenę oferty sporządził zgodnie z wymaganiami SIWZ tabelę elementów rozliczeniowych na podstawie pkt 2 rozdz. X SIWZ. Wskazał, iż dokonując wyceny

uwzględnił wskazane przez zamawiającego pozycje 18-19 i 24-32 w dziale „Roboty ziemne” natomiast pozycje 16-17 w dziale „Roboty rozbiórkowe i kanał obiegowy” części TER-u dotyczącej przebudowy strumienia Osówka. Konsorcjum Energopol Szczecin S.A. przyznało, że co prawda pozycje te nie zostały wprost wymienione, ale zgodnie z pkt 1 rozdz. X zostały uwzględnione w cenie oferty. Pismem z dnia 6 października 2010 r. zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. w związku z rozdz. X pkt 6 SIWZ wezwał ponownie konsorcjum Energopol Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz do przedstawienia szczegółowych kalkulacji pozycji TER. Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy z dnia 30 września 2010 r. zamawiający wezwał do wskazania konkretnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w których wykonawca ujął brakujące pozycje oraz przedstawienia szczegółowych kalkulacji tych pozycji. W odpowiedzi konsorcjum Energopol Szczecin S.A. wskazało, iż:

- 1) Pozycja nr 18 i 19 z przedmiaru robót zostały umieszczone w poz. Nr 3 TER-u i kosztorysu szczegółowego;
- 2) Pozycje od nr 24 do nr 32 przedmiaru robót zostały umieszczone w poz. Nr 9 TER-u i kosztorysu szczegółowego;
- 3) Pozycja nr 16 z przedmiaru robót została umieszczona w poz. Nr 15 TER-u i kosztorysu szczegółowego;
- 4) Pozycja nr 17 z przedmiaru robót została umieszczona w poz. Nr 17 TER-u i kosztorysu szczegółowego.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca ten przedstawił kosztorys szczegółowy, na podstawie, którego zamawiający będzie miał możliwość późniejszego rozliczenia faktycznie wykonanych robót.

Pismem z dnia 19 października 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energopol – Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

Czynność ta leży u podstaw zarówno postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2349/10 (odwołanie konsorcjum Eurovia Polska S.A.) jak i KIO 2367/10 (odwołanie Mostostal Warszawa S.A.).

W dniu 2 listopada 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez konsorcjum Eurovia Polska S.A., po stronie zamawiającego zgłosili:

- 1) Konsorcjum Energopol – Szczecin S.A.,
- 2) Mostostal Warszawa S.A.,

wnosząc o jego oddalenie.

Izba stwierdziła, iż wykonawcy ci skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez konsorcjum Eurovia Polska S.A.

W dniu 2 listopada 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Mostostal Warszawa S.A. zgłosiło konsorcjum Energopol Szczecin S.A. wnosząc o jego oddalenie.

Izba stwierdziła, iż wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie

W zakresie odwołania wniesionego przez konsorcjum Eurovia Polska S.A. (sygn. akt 2349/10)

Ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zamawiający precyzyjnie określił co ma składać się na ofertę wskazując m.in. na obowiązek sporządzenia Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W ocenie Izby nie sposób wywieść z zapisów SIWZ obowiązku załączenia do oferty załączników nr 1-4 w oparciu, o które m.in. należało sporządzić i wycenić niektóre pozycje TER. Już sama forma załączników (brak wersji edytowalnej, możliwej do wypełnienia przez wykonawców) wskazuje, iż nie były one wymagane jako część oferty. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, który wskazywał iż załączniki 1-4 miały jedynie charakter pomocniczy i miały umożliwić wykonawcom wycenę elementu scalonego. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, który wykazywał iż integralną częścią TER winny być załączniki 1-4. Na potwierdzenie takiej tezy brak jakichkolwiek zapisów SIWZ, zamawiający nie określił nawet brzmienia tabeli elementów rozliczeniowych i tym bardziej nie sposób uznać, iż integralną częścią TER winny być załączniki 1-4 (przedmiary robót) w oparciu o które należało jedynie wyliczyć wartości

niektórych pozycji TER-u. Odwołujący w rozdz. X pkt 2 SIWZ precyzyjnie określił w oparciu o jakie dane należało dokonać wyceny oferty i otrzymane sumy zawrzeć w treści TER-u. Wobec braku obowiązku załączenia do TER-u wypełnionych załączników 1-4 nieuprawnione jest twierdzenie, iż pomiędzy treścią ofert złożonych przez wykonawców konsorcjum Energopol Szczecin S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A. a treścią SIWZ występuje niezgodność.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba podnosi, iż wobec uznania przez zamawiającego ofert wykonawców konsorcjum Energopol Szczecin S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A. za spełniające wymagania SIWZ brak było potrzeby wzywania o wyjaśnienia. Izba wskazuje, iż nie sposób uznać, że niewezwanie przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści złożonych ofert zawierających w swej treści wszystkie wymogi SIWZ prowadziło do naruszenia powyższego przepisu ustawy p.z.p.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba również nie podzieliła argumentacji odwołującego. Izba przypomina, iż zgodnie z w/w przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba wskazuje, iż zamawiający nie dokonywał czynności określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. a jego działaniom w tym zakresie nie sposób przypisać naruszenia. Izba wskazuje, iż podnoszona przez odwołującego hipotetyczna możliwość naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. nie może stanowić podstawy zarzutu.

Powyższe wskazuje również na niezasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad wyrażonych w tym normatywie.

W zakresie odwołania wniesionego przez Mostostal Warszawa S.A. (sygn. akt 2367/10)

Ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Wbrew twierdzeniom odwołującego Izba wskazuje, iż zamawiający nie określił brzmienia tabeli elementów rozliczeniowych, (co powinna zawierać, jak należy ją sporządzić czy wypełnić). Nie sposób przyjąć, iż zakres TER-u został przez zamawiającego precyzyjnie określony w pkt 2 lit a-c rozdz. X SIWZ. Zapisy ten wskazują w oparciu, o jakie elementy należało wyliczyć wartość oferty oraz co winno zawierać się w cenie składanej oferty. Przerzucając na wykonawców obowiązek samodzielnego sporządzenia TER-u zamawiający dopuścił dowolność w tym zakresie (zapisy SIWZ nie

zawierają szczegółowych zapisów, które powinny być się znaleźć w tabeli elementów rozliczeniowych czy też np. konieczności odzwierciedlenia w tabeli wszystkich pozycji z przedmiarów). Izba uznała, iż wobec takiego stanowiska zamawiającego wykonawcy mieli możliwość sporządzenia TER-u według własnego uznania przy zastrzeżeniu objęcia ceną wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Wobec braku wyraźnych wytycznych zamawiającego, Izba uznała za dopuszczalne takie sporządzenie TER-u, w którym poszczególne pozycje wynikające z przedmiaru robót zawierać się będą w innych pozycjach. Wobec braku określenia wzoru TER-u, nie wyrażenie w tabeli elementów rozliczeniowych wprost wszystkich pozycji z przedmiaru robót a zawarcie ich w innych pozycjach tabeli nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. żądając wyjaśnień od wybranego wykonawcy. Dopiero wyjaśnienia wykonawcy, w których stwierdziłby on, że świadomie bądź nie, pominął w wycenie niektóre pozycje z przedmiarów robót uprawniałoby zamawiającego do odrzucenia takiej ofert z uwagi na niezgodność z SIWZ. Nie sposób przyjąć za odwołującym, że żądanie przez zamawiającego wyjaśnień w konsekwencji prowadziło do nieuprawnionych negocjacji i zmiany treści oferty wybranego wykonawcy. Izba wskazuje, iż treść oferty nie uległa zmianie, a uwzględniając zapisy pkt 6 rozdz. X SIWZ zamawiający uprawniony był do żądania przedstawienia szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji. Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zamawiający dokonał poprawienia istotnych niezgodności ofert wybranego wykonawcy z treścią SIWZ czym naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Bezsposornie zamawiający nie dokonywał żadnego poprawienia oferty wybranego wykonawcy a jedynie wobec powzięcia wątpliwości czy przedłożony przez wybranego wykonawcę TER zawiera wszystkie elementy wymienione w pkt 2 lit. C rozdz. X SIWZ skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. W ocenie Izby ujęcie przez wybranego wykonawcę brakujących elementów w innych pozycjach TER nie stanowi o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ a jedynie o sporządzeniu własnej kalkulacji z uwagi na brak obowiązującego wzoru TER.

Mając na względzie powyższe w ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w oparciu o kryteria określone w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji uznając odwołania wniesione przez konsorcjum Eurovia Polska S.A. jak i Mostostal Warszawa S.A. za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....